Der Kauf eigener Sache

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

Doktors der Rechtswissenschaft

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin Luther-Universität

zu Halle a. d. Saale

vorgelegt von

Lothar Wilhelmi

Gerichtsreferendar in Berlin

Referent:

Prof. Dr. Gustav Boehmer.

1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNI

Disposition

Seite

Der Kauf eigener Sache

§ 1. Im römischen Recht 1

§ 2. Im Allgemeinen Landrecht 2

§ 3. In den Vorläufern des BGB 2

§ 4. Im Bürgerlichen Gesetzbuch 3

1. Abschnitt: Der Begriff der Unmöglichkeit 4

2. Abschnitt: Die Eigentumsverschaffung beim Kauf eigener Sache ist unmöglich 5

3. Abschnitt: Es liegt objektive Unmöglichkeit vor 10

4. Abschnitt: Der Kaufvertrag über eine eigene Sache ist nichtig 12

5. Abschnitt: Der Kaufvertrag über eine eigene Sache kann unter Umständen gültig sein 16

6. Abschnitt: Die Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB. 22

7. Abschnitt: Die Bereicherungsansprüche 22

8. Abschnitt: Die Haftung aus culpa in contrahendo 23

9. Abschnitt: Die Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung 28

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Kommentare:

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 13. Auflage 1927, München.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1900.

Löwenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1928.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Auflage, 1928.

Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1928.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, 6. Auflage, Berlin-Leipzig 1928.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5. Aufl. Stuttgart 1931.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflage, München-Berlin-Leipzig 1929.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1930.

Lehrbücher:

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Auflage, Jena 1913.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts, Berlin, 1905.

Dernburg, Pandekten, 8. Auflage, bearbeitet von Prof. Sokowsky, Berlin 1910.

derselbe, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, Halle a. d. Saale 1908 4. Auflage.

Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Auflage 1897.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Berlin 1905.

Gierke, Otto, von, Deutsches Privatrecht, München-Leipzig 1917 in Bindings systematischem Handbuch des Deutschen Rechts.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auflage, Berlin, 1912.

Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin-Leipzig, 1924.

Koch, Allgemeines Landrecht, 8. Auflage, 1886.

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, Berlin 1929.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Bd. 1 bis 3) 7. und 8. Bearbeitung.

Sohm, Institutionen, 14. Auflage, Leipzig, 1911.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage.

Sonstiges:

Bar, Lehre vom Kausalzusammenhang, 1877.

Boehmer, Der Erfüllungswille in Abhandlgn. z. Priv. R. und Ziv. Prozeß, Bd. 20, 1910.

Brock, Das negative Vertragsinteresse, Berlin, 1902.

Brunner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, Leipzig, 1882.

Danz, Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Iher. Jahrb. Bd. 46. S. 450 ff.

Eckstein, Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 37, S. 390 ff.

Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte in Festschrift für Wach 1913, S. 281 ff.

derselbe, Beiträge zur Unmöglichkeitslehre, 1912.

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht, Halle, 1874.

Gottschalk, Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht, Bernburg, 1917.

derselbe, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB. Bernburg, 1903.

Hartmann, Die Obligation, 1875.

Ihering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen in 4. Iher. Jahrb. S. 1 ff..

Jacubezky, Bemerkungen zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, München, 1892.

Kaplan, Die ursprüngliche teilweise Unmöglichkeit der versprochenen Leistung, insbesondere die teilweise Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes nach gemeinem Recht bis zum Recht des BGB., Rostock 1903.

Krückmann, Zeitpunkt der Unmöglichkeit. in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101, S. 107.

derselbe, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, Tübingen, 1907.

Kisch, Nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung, München, 1915.

Kleinadam, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900.

Lent, Gesetzeskonkurrenz, 1912, 1916.

Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, Berlin, 1910.

Mayer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1909.

Mark, Nichtigkeit von Geschäften als Folge der Unmöglichkeit, 1913.

Melliger, Caspar, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem Gemeinen Recht und schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, 1898.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bde. I, II, III. 1853.

Priester, Compensatio culpae, 1896.

Rabel, Unmöglichkeit, 1917, Festschrift für Becker.

derselbe, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangel im Rechte, Leipzig, 1902.

Riezler, Das negative Vertragsinteresse, 1890.

Rümelin, Die Verwendung des Kausalbegriffs in Straf- und Zivilrecht. Arch. ziv. Prax. Bd. 90, S. 17 ff..

Römer, Die Lehre von der Konversion, Arch. ziv. Prax. Bd. 36, S. 66 ff.
Rutenbeckk, Konversion, Erlangen, 1907.
Sänger, Die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers, Erlangen, 1913.
Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, Erlangen 1872.
Schliack, Kann der Verkäufer, der über seine rechtlichen Beziehungen zum Kaufgegenstand geirrt hat, den Kaufvertrag anfechten. Göttingen, 1909.
Schmidt, Fritz, Die Lehre vom negativen Vertragsinteresse. Greifswald, 1900.
Schmidt, Rudolf, Gesetzeskonkurrenz, München 1910.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig, 1903.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach dem BGB., 1900.
derselbe, Lehre vom Mißverständnis, 1910.
Ziegler, Über Betrug beim Vertragsschluß, München, 1870.

§ 1. Das römische Recht.

Das Problem des Kaufs eigener Sache spielte schon im römischen Recht eine bedeutende Rolle und hat auch in den Gesetzesquellen seinen Niederschlag gefunden.

Der Kaufvertrag über eine dem Käufer gehörige Sache wurde im römischen Recht grundsätzlich für ungültig erachtet: Pomp. 1. 16 pr. Dig. de contr. emt. (18, 1): „Suae rei emtio non valet sive sciens, sive ignorans emi". Die Rechtslage war dann folgende: Der Käufer konnte die Sache vom Verkäufer herausverlangen, ohne den vereinbarten Kaufpreis zu entrichten; hatte er den Kaufpreis schon gezahlt, so konnte er diesen condicieren: „Sed si ignorans emi, quod solvero, repetere potero, qia nulla obligatio fuit" [1]).

Von dieser grundsätzlichen Regelung machten jedoch die römischen Gesetzesquellen einige Ausnahmen. Sie ließen nämlich den Kauf eigener Sache dann zu, wenn der Käufer durch den Kaufabschluß nicht das Eigentum an der Kaufsache, sondern nur deren Besitz erwerben wollte: „Rei suae emtio tunc valet, quum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, ut in judicio possessionis potior esset" [2]). Mit dieser scheinbaren Ausnahme wurde jedoch der Grundsatz, daß man eine eigene Sache nicht „kaufen" könne, keineswegs durchbrochen, denn der Kauf des Besitzes sollte dem Eigentümer, der sich den Besitz auch auf dem Wege der rei vindicatio beschaffen könnte, die Unannehmlichkeiten eines vielleicht sehr langwierigen Prozesses ersparen.

Ausdrücklich hervorgehoben wurde auch im römischen Recht, daß ein Kaufvertrag über eine eigene Sache gültig abgeschlossen werden konnte, wenn der Abschluß unter der Bedingung erfolgte, daß die Sache eine fremde werde: „Existimo posse me id, quod meum est, sub condicione emere" [3]).

Die grundsätzliche Nichtigkeit des Kaufs eigener Sache im römischen Recht war eine notwendige Folge der Vertragsauslegung. Der Kaufvertrag brachte eine „obligatio dandi" hervor. Der Verkäufer schuldete auf Grund des Vertrages die Verschaffung des Eigentums. Diese ist aber, wenn der Verkäufer schon Eigentümer ist, ein „impossibile", nach dem von Celsus geprägten Satz: „Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt". Die Römer sahen den Kaufvertrag über eine eigene Sache daher für sinnwidrig an und folgerten aus dem grundlegenden Satz „impossibilium nulla est obligatio" seine Nichtigkeit. Sie haben auf der anderen Seite dem Verkehrsinteresse Rechnung getragen und die oben besprochenen Ausnahmen zugelassen.

---

[1]) lex cit.
[2]) l. 34 § 4 Dig. 18. 1.
[3]) l. 61 Dig. 18. 1.

§ 2. Das Allgemeine Landrecht.

Das Allgemeine Landrecht enthält eine Bestimmung über die Gültigkeit des Kaufs eigener Sache nicht. Jedoch kann aus verschiedenen Paragraphen dieses Gesetzes der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber den Kaufvertrag über eine eigene Sache für nichtig erklären wollte. § 10. I. 1. ALR. sagt: „Das Kaufgeschäft ist ein Vertrag, wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigentums an einer Sache und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür sich verpflichtet". Der Wortlaut dieses Paragraphen stellt es ausdrücklich darauf ab, daß die Absicht der Kontrahenten auf die Übertragung des Eigentums an der Kaufsache gerichtet sein muß. Hiermit kommt man notwendigerweise zu dem Schluß, daß ein Kaufvertrag über eine dem Käufer bereits gehörige Sache sinn- und zweckwidrig und daher nichtig ist; denn das Erfordernis der „Abtretung des Eigentums an den Käufer" ist unerfüllbar. Sollte man jedoch diese Deduktion nicht für überzeugend halten, so kommt man sicherlich zu dieser Auffassung, wenn man die Vorschrift des § 11 I 19 ALR. zu Rate zieht. Hier heißt es: „Zur Schließung eines gültigen Kaufs wird erfordert, daß der Verkäufer über das Eigentum der Sache zu verfügen berechtigt, sowie, daß der Käufer eine solche Sache zu erwerben und zu besitzen fähig sei". Bei verständiger Auslegung dieser Vorschrift ergibt sich mit Notwendigkeit, daß der Kauf eigener Sache nichtig ist. Schon das erste Erfordernis, daß der „Käufer zum Erwerbe und zum Besitze dieser Sache fähig sein muß", ist meines Erachtens auch auf die Eigentumsverhältnisse der Sache zu beziehen. Mit der Wendung „solche Sache" werden eben alle Eigenschaften der Sache im weitesten Sinne getroffen. Im vorliegenden Falle ist diese Eigenschaft das besondere Merkmal der Kaufsache, daß sie bereits im Eigentum des Käufers steht.

Ähnlich hat auch Eccius [4]) bei Lösung dieser Frage entschieden. Er hält den Kauf eigener Sache nach Allgemeinem Landrecht ebenfalls für nichtig. Er sagt, der Vertrag sei nichtig, weil er eines Kaufobjekts entbehre. Diese Ansicht deckt sich im Grunde mit der von uns vertretenen; denn ein Kaufobjekt mit den Erfordernissen des § 11 I 19 ALR. liegt auch nach unserer Ansicht nicht vor. Eccius gibt dem Käufer, der in Unkenntnis seines Eigentumsrechts den Kaufpreis entrichtet hat, das Recht, diesen zu condicieren. Kannte der Käufer jedoch bei Abschluß des Vertrages die tatsächlichen Umstände, so nimmt Eccius Schenkungsabsicht desselben an.

§ 3. Die Vorläufer des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die Vorläufer des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich haben zu der Frage des Kaufs eigener Sache zum großen Teil recht eindeutig Stellung genommen.

So enthält der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern in Art. 274 die Bestimmung: „Der Kaufvertrag über

[4]) Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 49, 3. vgl. auch Ennecc. 12. Aufl. § 101, S. 365.

eine dem Käufer gehörige Sache ist in allen Fällen ungültig". Daneben haben auch der sogenannte Dresdener Entwurf [5]) und das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen den Kaufvertrag über eine eigene Sache grundsätzlich für nichtig erklärt. Im Dresdener Entwurf heißt es in Art. 29: „Ein Vertrag, vermöge dessen jemand seine eigene Sache oder Rechte an derselben oder auf dieselbe erwerben soll, welche nur von dem Nichteigentümer erworben werden können, ist nichtig".

Der § 795 des Gesetzbuches für das Königreich Sachsen stimmt in Sinn und Wortlaut mit der vorgenannten Bestimmung ziemlich genau überein und erklärt den Kauf eigener Sache ebenfalls für nichtig: „Ein Vertrag, vermöge dessen der Eigentümer einer Sache diese oder rücksichtlich derselben nur für den Nichteigentümer mögliche Rechte erwerben soll, ist nichtig."

Aber auch andere Gesetzesentwürfe lassen erkennen, daß dem Kaufvertrag über eine eigene Sache grundsätzlich die Gültigkeit abgesprochen werden sollte, wenn es dort auch nicht so klar wie in den vorhergehenden Bestimmungen gesagt ist.

So finden wir im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen 4. Abt., 2. Buch § 1 die Bestimmung: „Die Übereinkunft, durch die jemand, Verkäufer, eine Sache oder ein Recht einem anderen, dem Käufer, zu übereignen und dieser dafür einen bestimmten Preis zu zahlen verspricht, ist der Kaufvertrag."

Wie sehr auch hier das Moment der Eigentumsverschaffung im Vordergrund stand, geht aus § 7 des Entwurfs hervor, der zitiert werden soll: „Der Verkäufer ist verpflichtet, den Besitz und das Eigentum an der verkauften Sache, beziehungsweise das verkaufte Recht, auf den Käufer zu übertragen."

Auch im Zürcherischen Gesetzbuch, 7. Abschnitt, ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung, die ja, wie wir weiter unten sehen werden, das Wesen des Kaufvertrages ausmacht, in § 1383 ausdrücklich hervorgehoben. Diese Bestimmung lautet: „Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der eine, der Verkäufer, das Eigentum an einer Sache oder ein anderes Vermögensrecht, zum Beispiel eine Forderung, auf den anderen, den Käufer, zu übertragen, und dieser hinwieder, jemand einen Preis in Geld dafür zu bezahlen" und § 1396: „Der Verkäufer ist verbunden, die verkaufte Sache samt deren Zubehörde und Zuwachs in das Eigentum und den Besitz des Käufers zu übertragen oder, wenn andere Rechte verkauft sind, ihm diese zu vollem Rechte und Genuß zu übertragen".

In den Motiven zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ist in § 459 in der Definition des Kaufvertrages ebenfalls die Verpflichtung des Verkäufers enthalten, die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen.

§ 4. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst enthält ebenfalls keine besondere Bestimmung über die Frage der Gültigkeit eines über eine dem

[5]) Entwurf eines allgem. Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse.

Käufer gehörige Sache abgeschlossenen Kaufvertrages. Jedoch läßt sich aus dem Gesetz, insbesondere aus der Bestimmung des § 433 BGB. entnehmen, daß der Gesetzgeber einem derartigen Vertrage grundsätzlich die Gültigkeit versagen wollte.

Gemäß § 433 BGB. ist der wesentliche Zweck neben der Übergabe der Sache darauf gerichtet, dem Käufer Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen.

In § 433 BGB. werden scharf voneinander getrennt: Eigentumsverschaffung und Übergabe. Beide Verpflichtungen des Verkäufers stellt das BGB. selbständig nebeneinander. Die Übergabe verschafft meist Besitz und damit Genuß an der Kaufsache, während durch die Verschaffung des Eigentums der Käufer Berechtigter werden, insbesondere er die Möglichkeit erhalten soll, gemäß §§ 903 ff. BGB. jeden anderen von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Man kann daher auch regelmäßig nicht sagen, dem Käufer sei es bei Kaufabschluß mehr auf den Besitzerwerb oder mehr auf den Eigentumserwerb angekommen. Was nützt das Eigentum an einem Buch, wenn ich es nicht im unmittelbaren Besitz habe, nicht darin lesen kann. Erwerbe ich andererseits nur den Besitz, so laufe ich Gefahr, daß mir die Kaufsache vom Eigentümer auf Grund des ihm gemäß § 985 BGB. zustehenden Herausgabeanspruchs weggenommen und mir der Genuß ebenfalls entzogen wird.

Es ist jetzt unsere Aufgabe zu untersuchen, inwieweit der Umstand, daß der Käufer schon Eigentümer ist, den Bestand des Kaufvertrages berührt, insbesondere aber haben wir zu prüfen, ob nicht die Erfüllung der vom Verkäufer übernommenen Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung bei dieser Sachlage unmöglich ist.

Dazu soll vorher kurz auf den Begriff der Unmöglichkeit eingegangen werden.

1. Abschnitt:

Der Begriff der Unmöglichkeit.

Der Begriff der Unmöglichkeit war schon dem römischen Recht bekannt und hat in dem von Celsus geprägten Satze: „Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt" Ausdruck gefunden. Unmöglich war nach römischem Recht insbesondere das „dare" des „hyppocentaurus", des „fori Romani", des „homo mortus". Im Anschluß daran hat die moderne Literatur den Begriff der Unmöglichkeit weitergebildet.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch liegt Unmöglichkeit dann vor, wenn eine Leistung, die nicht erbracht werden kann, Gegenstand eines Schuldverhältnisses ist. Man unterscheidet hier wieder die Fälle, in denen die geschuldete Leistung von niemandem erbracht werden kann von den Fällen, in denen nur der leistungspflichtige Vertragspartner außerstande ist, die Leistung zu erbringen. Man nennt den ersten Zustand objektive Unmöglichkeit oder nur Unmöglichkeit, während man den letzteren als subjektive Unmöglichkeit oder Unvermögen bezeichnet. Mit der Abgrenzung dieser Begriffe werden wir uns eingehend jedoch erst weiter unten beschäftigen, nachdem wir festgestellt haben, ob die

Eigentumsverschaffung überhaupt, sei es subjektiv oder objektiv unmöglich ist.

2. Abschnitt:

Die Eigentumsverschaffung ist beim Kauf eigener Sache unmöglich.

Der Kauf ist nach § 433 BGB., wie auch schon nach Gemeinem Recht, ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich der eine Teil (Verkäufer) zur Übertragung eines Vermögensgegenstandes in das Vermögen des anderen (Käufers) verpflichtet, wofür dieser die Zahlung einer Geldsumme verspricht. In § 433 BGB. ist auch gesagt, in welcher Weise diese Leistung zu erfolgen hat: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm Eigentum an der Sache zu verschaffen". Die Übergabe der Sache kann ohne Zweifel auch erfolgen, wenn sie dem Käufer schon gehört. Man denke nur an die Fälle der Leihe, Miete, Pacht, Verwahrung, wo bei Beendigung des Verhältnisses die Sache immer dem Eigentümer übergeben wird. Wie steht es aber mit der Eigentumsverschaffung? Diese ist doch in Anbetracht des Umstandes, daß der Käufer schon Eigentümer ist, „unmöglich". Einen Kaufvertrag schließen, der darauf gerichtet ist, dem Käufer Eigentum an einer Sache zu verschaffen, die ihm ohnedies schon gehört, hieße den Eintritt eines schon bestehenden Zustandes erstreben. Ein recht drastisches Beispiel mag dies erläutern: War der Inhalt einer Leistung darauf gerichtet, ein Tier zu töten, so kann doch diese Leistung nicht mehr bewirkt werden, wenn das Tier schon tot ist. Daß es gerade darauf ankommt festzustellen, daß die „Leistung" nicht bewirkt werden kann, wird noch weiter unten näher dargelegt werden. Ebenso ist es unmöglich, den Eigentümer noch einmal zum Eigentümer zu machen. Man kann nicht ein Verhältnis zwischen Person und Sache, wie hier das Eigentum, wenn es schon besteht, noch einmal herbeiführen. Die geschuldete Leistung kann nicht erbracht werden, weil der Käufer kraft seiner Rechtsstellung gar nicht mehr qualifiziert ist, vom Verkäufer mit dem Eigentumsrecht bekleidet zu werden. Die Eigentumsverschaffung ist daher sowohl logisch wie auch juristisch „unmöglich".

Möglich bleibt zwar die zweite des vom Verkäufer durch Abschluß des Kaufvertrages übernommenen Verpflichtungen, nämlich die Übergabe der Kaufsache. Wie sich dieser Umstand auf die Gültigkeit des ganzen Vertrages auswirkt, haben wir noch weiter unten zu prüfen.

Auch die obersten Gerichte haben in einhelliger Rechtsprechung die Übereignung einer dem Käufer schon gehörenden Sache grundsätzlich für unmöglich erklärt. Im Folgenden sollen einige dieser Entscheidungen wiedergegeben und besprochen werden.

In einer in Gruchots Beiträgen Band 48, S. 880 mitgeteilten Entscheidung handelt es sich um die Herbeiführung der Auflassung eines nach dem Grundbuch dem Kläger schon gehörenden Grundstücks. Der Sachverhalt ist folgender: Der A hat dem B ein Grundstück als dessen Eigentümer ein Dritter, namens H, eingetragen ist, notariell verkauft. A sollte das Grundstück zunächst von dem grundbuchmäßigen Eigentümer

H kaufen. Die Auflassung sollte aber unmittelbar von H an B erfolgen, sodaß der A garnicht erst grundbuchmäßiger Eigentümer des Grundstücks würde. Im Laufe des jetzt von B gegen A auf Auflassung des Grundstücks angestrengten Prozesses hatte B das Grundstück anderweit erworben und war auf Grund dieses Erwerbs auch im Grundbuch eingetragen worden. Das Reichsgericht wies den Kläger B jetzt mit seiner Klage ab, mit der Begründung, der Kläger verlange vom Beklagten etwas „objektiv Unmögliches". Die Auflassung, die der Beklagte dem Kläger verschaffen solle, sei eine Leistung, die niemand erbringen könne als der Kläger selbst. Dieser sei aber daran verhindert, weil er dann Veräußerer und Erwerber in einer Person sei und die nach § 925 BGB. erforderliche Einigung wegen des fehlenden Erfordernisses des § 873 BGB. nicht vornehmen könne.

Wenn wir auch im Ergebnis mit der Entscheidung des Reichsgerichts übereinstimmen, so ist der Weg doch nicht derselbe, den wir bei Lösung des Problems einschlagen werden. Das Reichsgericht betrachtet das Problem von vornherein nur von der Seite des Leistungspflichtigen. Wenn auch die Unmöglichkeit letzten Endes auf die Unfähigkeit des Schuldners zur Erbringung der Leistung zurückzuführen ist, so ist doch diese Unfähigkeit in diesem Falle bedingt durch die mangelnde Qualifikation des Käufers. Gerade dieses Merkmal des vorliegenden Zustandes wird noch bei der Entscheidung über die Frage, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen vorliegt, eine Rolle spielen.

Das Oberlandesgericht Dresden hat in nachfolgender Entscheidung diesen Gedanken klar zum Ausdruck gebracht:

Der B hatte auf seinem Grundstück in X ein Haus mit einer Giebelmauer erbaut, die zur Hälfte auf das Nachbargrundstück zu stehen kam, das damals dem A gehörte. A schloß nun mit B einen Vertrag, wonach ihm der auf seinem Grundstück stehende Teil der Giebelmauer verkauft wurde. Als A den vereinbarten Kaufpreis nicht zahlte, erhob B Klage. Das Oberlandesgericht in Dresden wies seine Klage in letzter Instanz ab, mit der Begründung, der Kaufvertrag sei nichtig, weil er auf eine unmögliche Leistung gerichtet sei. Nach § 433 BGB. sei der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm E i g e n t u m d a r a n z u v e r s c h a f f e n. Die Giebelmauer stehe aber gemäß §§ 94, 946 BGB. ohnedies im Eigentum des Käufers. Die Übertragung und somit die Erfüllung des Kaufvertrages seien daher unmöglich.

In der gleichen Linie liegt eine Entscheidung des Reichsgerichts im 80. Bande, S. 311 f.. Daselbst handelt es sich um die Frage, ob es rechtlich möglich sei, daß sich der Nießbraucher eines Hauses die Mietzinsforderungen vom Eigentümer des Hauses noch einmal besonders abtreten läßt:

An dem Grundstück des S bestand zugunsten des Z ein Nießbrauch. Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauseigentümers ließ sich Z, um die Mieten vor dem Zugriff anderer Gläubiger zu sichern, diese vom Hauseigentümer für eine bestimmte Zeitspanne nochmals abtreten. Danach trat Z die ihm zustehenden Mieten an einen Dritten namens L ab. Als sich nun S weigerte die Mieten an den Nieß-

braucher abzuführen, weil er die Zession an den Nießbraucher Z für nichtig hielt, und sich auf den Standpunkt stellte, L habe keine Forderung erworben, hatte das Reichsgericht über die Gültigkeit der Zession des Hauseigentümers S an den Nießbraucher Z zu entscheiden. Das Reichsgericht hat bezüglich dieser Frage seine Ansicht im Lauf der Jahre öfters gewechselt [6]). Erst seit einer Entscheidung vom 19. 6. 1912 [7]) ist es in dieser Frage zu einer ständigen Rechtsprechung gekommen. Und zwar hat es entschieden, daß eine nochmalige Zession der Mietforderungen unzulässig sei. Die Mietforderungen seien aus dem Vermögen des Grundeigentümers ausgeschieden und in das des Nießbrauchers übergegangen (§ 1030 BGB.). Die nochmalige Abtretung bedeute Unmöglichkeit, da zur Übertragung einer Sache oder eines Rechts, einer Forderung, ein übertragender und ein empfangsfähiger Erwerber erforderlich seien (§§ 929, 398 BGB.).

Auch in dieser Entscheidung kommt zum Ausdruck, daß die mit einem Vertrage bezweckte Herstellung eines Zustandes, der ohnedies schon besteht, unmöglich ist. Unsere Ansicht, daß der Kaufvertrag über eine dem Käufer gehörige Sache auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, wird also durch mehrere gleich- oder doch ähnlich liegende Entscheidungen oberster Gerichte bestätigt. Auch die Literatur vertritt im großen und ganzen diese Ansicht [8]).

Nur Siber [9]) ist anderer Meinung. Wenn die geschuldete Sache dem Gläubiger schon gehöre, so sagt Siber, liege überhaupt weder Unmöglichkeit noch Unvermögen vor. Der Leistungserfolg, auf den es allein ankomme, sei hier schon wirklich, also mehr als möglich. Diese Ansicht vertreten außer Siber noch Krückmann und Eckstein [10]). Gegen die Annahme der Unmöglichkeit der Leistung in den Fällen, in denen der erstrebte Zustand schon besteht, ehe der Schuldner tätig wird, führt Krückmann an, der Erlöschensgrund des Schuldverhältnisses sei Zweckerreichung. Unmöglichkeit der Leistung könne nicht vorliegen, weil der frühere Zustand jeder Zeit wieder herstellbar sei. Das gestrandete Schiff, das die Flut wieder flott gemacht habe, ehe der Schuldner, der das Schiff freimachen sollte, tätig werden konnte, könne von neuem auf den Strand getrieben werden. In demselben Moment sei die Leistung wieder möglich. Von Unmöglichkeit könne man nur sprechen, wenn feststehe, daß niemand, sei es mit allen Mitteln der Welt, imstande sei, das gestrandete Schiff abzubringen.

Abgesehen davon, daß für die Beurteilung der Leistungsmöglichkeit, wie wir weiter unten noch sehen werden, nicht die Erreichbarkeit des Endzwecks sondern die Möglichkeit der Vornahme der schuldnerischen Leistungshandlung entscheidend ist, können wir Krückmanns Argument der Wiederherstellbarkeit des früheren Zustandes entkräften, indem wir auf unser obiges Beispiel verweisen, wo das Schuldverhältnis auf die Tötung eines Tieres gerichtet war. Ist das Tier, bevor der

---

[6]) RG. Bd. 64. S. 420.
[7]) Rep. V. 76/12.
[8]) Oertmann § 433, Anm. 3.
[9]) Vorbem. 3 c vor § 306.
[10]) a. a. O. S. 400 ff.

Schuldner tätig werden konnte, gestorben, so ist der frühere Zustand sicherlich nicht mehr herstellbar.

Krückmann begeht aber noch einen weiteren Fehler. Die Bergung des Schiffes hatte doch der Schuldner unter ganz bestimmten Voraussetzungen, insbesondere aber an einem bestimmten Tage und nicht für „irgendwann" übernommen. Das Schuldverhältnis war doch klar individualisiert. Daher ist es auch irrelevant, ob das Schiff später an derselben Stelle wieder einmal strandet. Die von den Parteien als Grundlage für die Leistung gedachte Lage ist doch selbst bei den selben äußeren Umständen schon wegen der Verschiedenheit des Zeitpunktes nicht mehr herstellbar.

Krückmann führt endlich im Sinne Sibers und Ecksteins aus, es sei ein ungesunder Gedanke, eine Leistung, die zwar im praktischen Ergebnis nicht erbracht, aber doch objektiv geschehen sei, deshalb für unmöglich zu erklären, weil sie schon geschehen sei. Dies gehe gegen allen menschlichen Verstand. Gerade dadurch, daß der mit dem Schuldverhältnis bezweckte Erfolg eingetreten sei, werde ja glänzend bewiesen, daß Unmöglichkeit nicht gegeben sei. In Wirklichkeit wird dadurch jedoch nicht mehr bewiesen, als daß die Leistung, falls sie vor den Eintritt des mit dem Schuldverhältnis bezweckten Erfolges geschuldet gewesen wäre, bis zu diesem Zeitpunkt möglich war. Diese Erkenntnis bringt uns aber bei der Beurteilung des beim Kauf eigener Sache vorliegenden Zustandes keinen Schritt weiter.

Der Grund für die Divergenz der von Siber und Krückmann vertretenen Ansicht von der herrschende Lehre ist in der Verschiedenheit der Auffassung vom Wesen der Obligation begründet.

Wesen und Inhalt der Obligation werden insbesondere von Boehmer [11]) und Hartmann [12]) sehr verschieden dargestellt. Hartmann will den Zweck der Obligation, in dessen Erreichung dieselbe begriffsmäßig ihr Ende anstrebt, zum wesentlichen Inhalt der Obligation erheben, während Boehmer vor allem das Moment der schuldnerischen Verpflichtung, die Gebundenheit des Schuldners gegenüber dem Gläubiger betont. Hartmann verficht den Gedanken des Zweckmoments und will das Moment der schuldnerischen Leistungshandlung völlig aus der Obligation verbannen. Er wendet sich gegen die richtige Ansicht, daß die Obligation ihrem Begriff nach als ein Recht an einer oder auf eine Handlung des Schuldners bestimmt wird.

Boehmer führt treffend aus [13]), es sei irrig, aus der Tatsache, daß der psychologische Endzweck die erst durch jene Vermögensverschiebung vermittelte Befriedigung eines Bedürfnisses des Gläubigers ist, den Schluß ziehen zu wollen, daß auch juristisch ein hinter der Vermögensveränderung stehendes subjektives „Interesse" des Gläubigers der eigentliche Obligationszweck sei. Boehmer sagt wörtlich: „Das hieße in das unsichere Gebiet der wirtschaftlichen Erwägungen hinabsteigen und aus ihnen den Inhalt der Obligation bestimmen."

---

[11]) „Der Erfüllungswille" in Abhlgn. z. Pr. R. und Ziv. Proz. Bd. 20. S. 1 ff.

[12]) „Die Obligation".

[13]) „Der Erfüllungswille."

Boehmer betont weiter, daß es dem Schuldner bei Vornahme der Leistung nicht so sehr auf die Erreichung des für den Gläubiger günstigen Erfolges ankommt, sondern selbst aus der Gebundenheit dem Gläubiger gegenüber befreit zu werden. Daß er damit regelmäßig auch den für den Gläubiger günstigen Erfolg herbeiführe, können in keiner Weise den Zweck seiner Leistung bestimmen. Zweck seiner Leistung bleibe vielmehr immer die „Verwirklichung des Pflichtgebots".

Erfüllung nimmt Boehmer daher mit Recht nicht schon dann an, wenn der „Endzweck" der Obligation erreicht ist, sondern nur dann, wenn der Endzweck auch durch eine freie Handlung des Schuldners herbeigeführt wurde.

Geht man aber von dieser Grundlage aus, so muß man, wie wir weiter unten sehen werden, die von Siber und Krückmann vertretene Ansicht ablehnen und die Verschaffung des Eigentums beim Kaufvertrag über eine eigene Sache für unmöglich erklären.

Die Ansicht Boehmers wird auch vertreten von Kleinadam[14]), der ebenfalls davor warnt, nur immer den mit dem Schuldverhältnis bezweckten Erfolg im Auge zu haben. „Man müsse vielmehr immer das vom Schuldner geforderte Leisten maßgebend sein lassen."

Zusammenfassend können wir daher mit Scheurl[15]) sagen: „Der Zweck der Obligation kann zwar nie als erreicht gelten, wenn nicht zugleich ihr Endzweck erreicht ist. Aber ihr Endzweck kann erreicht sein, ohne daß die Obligation ihren Zweck erreicht hat."

Und so liegt es eben beim Kauf eigener Sache. Der für den Gläubiger günstige Erfolg ist zwar erreicht, der Käufer ist Eigentümer. Dieses Eigentum hat der Käufer aber nicht durch freie Leistungshandlung des Verkäufers erworben. Daher ist auch der Zweck der Obligation nicht erreicht.

Dieses aktive Handeln des Schuldners, das bei positiver Obligation allein das Wesen des Schuldverhältnisses ausmacht, ist in unserem Falle die Eigentumsverschaffung. Daß dies unmöglich ist, also der Käufer schon Eigentümer ist, wird aber auch von Siber und von Krückmann nicht behauptet.

Damit haben wir die von Siber und Krückmann vertretene Ansicht widerlegt, es handele sich beim Kauf eigener Sache weder um Unmöglichkeit noch um Unvermögen.

Die Ursache, die zur Unmöglichkeit führt, ist zwar beim Kauf eigener Sache etwas ungewöhnlich. In der Regel ist die Leistung vom Schuldner nicht erbringbar, weil beispielsweise die zu leistende Sache untergegangen oder abhanden gekommen ist, also weil die obligationsmäßigen Anstrengungen des Schuldners nicht ausreichen, um seine Gebundenheit gegenüber dem Gläubiger zu lösen. Beim Kauf eigener Sache dagegen müssen alle diese Kraftanstrengungen deshalb erfolglos sein, weil der Schuldner infolge des schon bestehenden erstrebten Zustandes an der Vornahme der von ihm geschuldeten Leistungshandlung gehindert ist.

---

[14]) Unmöglichkeit und Unvermögen 1900.
[15]) Krit. Viert.Jahresschrift. Bd. 18. S. 481 ff.

3. Abschnitt:

Es liegt objektive Unmöglichkeit vor.

Ausschlaggebend für das Schicksal des Kaufvertrages über eine eigene Sache ist weiterhin die Frage, ob die Verschaffung des Eigentums objektiv oder nur subjektiv unmöglich ist. Diese Frage ist deswegen so wichtig, weil nach herrschender Lehre in § 306 BGB. nur diejenigen Verträge für nichtig erklärt werden, die auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet sind. Der Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit, der schon weiter oben einmal kurz gestreift wurde, muß somit hier näher beleuchtet werden.

Schon die römischen Gelehrten unterschieden die „facultas dandi" und das „impedimentum naturale" als Unterbegriffe des „impossibile". Venulejus, der diese Ausdrücke geprägt hat, unterschied in der impedimentum naturale, wie ja schon der Ausdruck sagt, eine in der Natur der Sache liegende Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Die solchermaßen unmögliche Leistung konnte von niemandem erbracht werden, während die facultas dandi den Fall traf, in dem die Erbringung der Leistung nur gerade einer bestimmten Person nicht möglich war. Letzterer Zustand wurde auch causa difficultatis genannt. Die römischen Gesetzesquellen warnen auch ausdrücklich davor, im Falle des Vorliegens einer causa difficultatis von Unmöglichkeit zu sprechen: L 1, 37 §§ 4, 5 Dig. de v. o.: „Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris pertinet . . ., ne incipiat dici, eum dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit."

Das Bürgerliche Gesetzbuch macht dieselben Unterschiede. Unmöglich im Wortsinn des BGB. ist nur die Leistung, die überhaupt nicht erbracht werden kann, wie beispielsweise eine untergangene Sache. Bei einer Leistung, die nur gerade der Schuldner nicht erbringen kann, spricht man von subjektiver Unmöglichkeit oder „Unvermögen". Ein typischer Fall des Unvermögens liegt vor, wenn jemand die Leistung einer Sache verspricht, die ihm nicht gehört. Streit herrscht jedoch über die Trennung der beiden Zustände, insbesondere aber über ihre Unterscheidungsmerkmale. Nach herrschender Ansicht [16]) liegt das Wesen der objektiven Unmöglichkeit darin, daß die Leistung von niemandem erbracht werden kann. Das Kennzeichen des Unvermögens ist die Möglichkeit der Erbringung der Leistung durch Dritte, wenn also das Leistungshindernis in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners seine Ursache hat.

Die Ansicht der herrschenden Lehre, daß die Leistungsmöglichkeit durch Dritte das einzige, wirklich zuverlässige Erkennungszeichen des Unvermögens sei, wird von Krückmann [17]) abgelehnt.

Krückmann steht auf dem Standpunkt, „die Leistungsmöglichkeit des Dritten könne, wie der Zufall das gerade wolle, jeden Augenblick in die Hand des Schuldners gespielt werden und in seiner Hand zur Erfüllungsmöglichkeit werden". Hierin sei die eigentliche Bedeutung des

---

[16]) Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 107.
[17]) A. a. O.

Unvermögens zu finden. Bei ihm sei durch die Leistungsmöglichkeit des Dritten eine Erfüllungsmöglichkeit des Schuldners, wenn auch nicht gegenwärtig gegeben, so doch möglicherweise jeden Augenblick herstellbar oder doch als herstellbar denkbar. Der Unterschied zwischen objektiver Unmöglichkeit und Unvermögen bestehe darin, daß die Erfüllungsmöglichkeit bei letzterem jeden Augenblick eintreten könne, die Wahrscheinlichkeit, daß die Leistung und damit auch die Erfüllung möglich werde, unendlich viel größer als bei der Unmöglichkeit.

Krückmanns Darstellung führt zu der Auffassung, als sei es für den Begriff des Unvermögens wesentlich, daß die berechtigte Hoffnung bestehe, der Schuldner werde die Leistung selbst noch erbringen können. Was im späteren Zeitpunkt passieren kann, ist doch vollkommen gleichgültig. Daß die Erfüllungsmöglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen herstellbar sein kann, soll nicht bestritten werden, ist aber für die Beurteilung des in einem bestimmten Zeitpunkt vorliegenden Umstandes völlig unerheblich.

Wie auch schon oben erwähnt, vernachlässigt Krückmann auch bei dieser Frage wieder völlig den Zeitpunkt. Es kann doch immer nur ein ganz bestimmter Tatbestand, zu dessen Individualisierung auch der Zeitpunkt gehört, als Grundlage für die Beurteilung dienen. Auf die Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung des Zustandes maßgebend ist, wird weiter unten noch näher eingegangen.

Das grundlegende Unterscheidungsmerkmal des Unvermögens von der Unmöglichkeit ist jedenfalls der Umstand, daß beim Unvermögen die vom Schuldner nicht erbringbare Leistung von einem Dritten erbracht werden kann, während bei der Unmöglichkeit die Leistung niemand erbringen kann.

Oertmann[18]), der sich in der von Krückmann vorgezeichneten Bahn bewegt, sagt ganz folgerichtig, beim Kauf eigener Sache könne der Kaufgegenstand jederzeit den Eigentümer wechseln und somit auch in das Eigentum des Verkäufers fallen, es liege daher nur zeitweiliges Unvermögen vor. Aus dem vorher Gesagten erübrigt sich eine Widerlegung der Oertmannschen Ansicht.

Folgt man nun der herrschenden Lehre, und entscheidet die Frage, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen vorliegt nach dem Gesichtspunkt, ob die durch den Schuldner nicht erbringbare Leistung durch einen Dritten erbracht werden kann oder nicht, so wird man aller Zweifel über den beim Kauf eigener Sache vorliegenden Zustand enthoben. Da der Käufer schon Eigentümer der Kaufsache ist, kann er weder vom Verkäufer noch auch von einem Dritten mit dem Eigentumsrechte ausgestattet werden. Die Eigentumsverschaffung ist daher beim Kauf eigener Sache objektiv unmöglich.

---

[18]) § 306 Anm. 1c.

4. Abschnitt:

Der Kaufvertrag über eine eigene Sache ist nichtig.

Die Einwirkung der teilweisen Unmöglichkeit auf die Gültigkeit des Vertrages.

Nach § 306 BGB. ist ein Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, nichtig.

Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 306 BGB. ist, daß die Erbringung der Leistung objektiv unmöglich ist. Diese Frage ist schon im vorhergehenden Kapitel eingehend erörtert worden. Ferner ist zur Anwendbarkeit des § 306 BGB. erforderlich, daß die Unmöglichkeit in einem bestimmten Zeitpunkt gegeben ist. Welcher Zeitpunkt das ist, soll jetzt untersucht werden.

Nach Ansicht einiger Schriftsteller[19]) soll der Vertrag schon nichtig sein, wenn die Leistung nur in dem Moment, in dem sie bewirkt werden soll, bei der Fälligkeit, unmöglich ist. Andere[20]) wieder verlangen Unmöglichkeit während des ganzen Zeitraumes vom Vertragsschluß an bis zur Fälligkeit der Leistung. Nach der herrschenden, von der Rechtsprechung der obersten Gerichte[21]) vertretenen Ansicht ist ein Vertrag als nichtig nur dann anzusehen, wenn die Unmöglichkeit der Erbringung der im Vertrage versprochenen Leistung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststeht. Der Verfasser schließt sich, allerdings mit einer Einschränkung der letztgenannten Ansicht an. Man darf meines Erachtens nicht wie die herrschende Lehre sagen, der Zeitpunkt des Abschlusses eines Vertrages sei für die Frage entscheidend, ob die Leistung unmöglich im Sinne des § 306 sei. Man muß vielmehr präziser sagen: Ein Vertrag ist nichtig, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ersichtlich ist, daß die geschuldete Leistung im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit nicht erbracht werden kann[22]).

Aus dieser Definition ergibt sich auch, daß es, abgesehen von den Fällen des § 308 BGB., die noch weiter unten behandelt werden sollen, gleichgültig ist, ob die Unmöglichkeit etwa nach dem Vertragsschluß behoben und die versprochene Leistung dann noch möglich wird. Gerade beim Kauf eigener Sache kann doch der Fall eintreten, daß der Käufer sein Eigentum nach Kaufabschluß zugunsten eines Dritten oder gar des Verkäufers aufgibt. Der Vertrag bleibt dann aber, falls er nicht für den Fall geschlossen wurde, daß die Leistung möglich wird, nichtig, obwohl im ersten Fall nur noch Unvermögen, im letzteren sogar Möglichkeit vorliegt. Rechtsirrtümlich ist es daher, wenn man, wie Oertmann[23]) will, den Schluß zieht, beim Kauf eigener Sache liege überhaupt niemals Unmöglichkeit, sondern immer nur Unvermögen vor, da die Sache, die augenblicklich dem Käufer gehöre, jederzeit ihren Eigentümer wechseln könne. Fast alle Fälle behebbarer objektiver Unmög-

---

[19]) Krückmann S. 29 ff.

[20]) Oertmann § 306 I. 8.

[21]) RG. in L. Z. 1919 Sp. 319; vgl. auch Staud. § 306 Anm. 1 c, ferner Kisch: Unmögl. S. 27 und Titze: Unm. S. 54.

[22]) Ähnlich Planck-Siber § 306 Anm. 1b.

[23]) § 306, Anm. 1 c.

lichkeit wären dann nämlich, auch ohne eine Abmachung im Sinne des § 308 Abs. I BGB. als Unvermögen zu behandeln oder gar Leistungsmöglichkeit anzunehmen. Richtiger Ansicht ist die nach Kaufabschluß eintretende Wandelung der objektiven Unmöglichkeit in Unvermögen oder gar in Leistungsmöglichkeit, abgesehen von den Fällen des § 308 BGB., irrelevant.

Hiergegen wendet sich Krückmann [24]). Nach seiner Ansicht soll es für die Frage, ob die Unmöglichkeit Nichtigkeit des Vertrages zur Folge habe, gar nicht darauf ankommen, ob die Leistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglich sei oder nicht. Maßgebend sei vielmehr der Zeitpunkt, in dem die Leistung fällig ist. Ein Interesse der Vertragsparteien an der Möglichkeit der Leistung bestehe nur in diesem Zeitpunkt. Zudem sei jede in einem Vertrage versprochene Leistung immer eine „künftige" und müsse daher gegenwärtig immer unmöglich sein. Als Beispiel führt er den Werklieferungsvertrag an. Hier müsse, da die künftig herzustellende Leistung gegenwärtig nicht bewirkt werden könne, die herrschende Lehre immer Unmöglichkeit annehmen. Zunächst sei darauf hingewiesen, daß unsere Ansicht, die von der herrschenden Lehre, wie oben ausgeführt, etwas abweicht, von Krückmanns Vorwurf nicht betroffen wird. Wir haben ja ausdrücklich hervorgehoben, daß geprüft werden muß, ob im Moment des Vertragsschlusses e r s i c h t l i c h war, daß die geschuldete Leistung im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht erbracht werden konnte. Krückmann hat aber auch außer Acht gelassen, daß im Regelfall jede Leistung sofort nach Entstehung des Schuldverhältnisses fällig wird. Es kann daher aus dem anormalen Fall der aufgeschobenen Fälligkeit kein Schluß auf den Normalfall gezogen werden. Für die Fälle der aufgeschobenen Fälligkeit gilt ja auch die Sondervorschrift des § 308 BGB.

Weiterhin steht Krückmanns Ansicht aber im Widerspruch mit den Gesetzesbestimmungen. Die Bestimmung des § 308 BGB. wäre nämlich vollkommen überflüssig; § 308 BGB. berücksichtigt doch gerade den Fall, in dem bei Abschluß des Vertrages die Leistung unmöglich ist, der Vertrag aber für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung einmal möglich wird [25]), Bei konsequenter Durchführung der Krückmannschen Ansicht kommt man zu dem Ergebnis, daß im Falle des § 308 BGB. ein Zustand der Unmöglichkeit überhaupt nicht vorliegt [26]). Da nach Krückmann als Beurteilungszeitpunkt nur der Fälligkeitstermin in Frage kommt, ist Unmöglichkeit gar nicht erst eingetreten, weil sie in diesem Zeitpunkt schon wieder behoben ist. Auch mit der Bestimmung des § 308 Abs. II BGB. kommt Krückmann notwendigerweise in Konflikt, denn auch hier ist die Leistung im Zeitpunkt der Fälligkeit möglich, ein Zustand der Unmöglichkeit würde also auch hier nicht vorliegen. Wir müssen daher die Ansicht Krückmanns, daß ein Vertrag nur dann nichtig sei, wenn im Zeitpunkt der Fälligkeit Unmöglichkeit der Leistung vorgelegen hat, ablehnen. Aus der Bestimmung des § 308 BGB. ergibt sich vielmehr, daß der Gesetzgeber grundsätzlich den Abschluß des Ver-

---

[24]) Arch. Ziv. Prax. Bd. 101 S. 99 f.
[25]) vgl. Dig. I. 18 pr.
[26]) vgl. Gierke, S. 113.

trages als entscheidenden Zeitpunkt für die Beurteilung seiner Gültigkeit ansehen wollte.

Gehört nun die Kaufsache im Augenblick des Vertragsschlusses dem Käufer, so ist in diesem Zeitpunkt regelmäßig ersichtlich, daß die geschuldete Sache bei ihrer Fälligkeit nicht übereignet werden kann. Bestünde die Leistung des Verkäufers also nur in der Eigentumsverschaffung, so wäre der Kaufvertrag gemäß § 306 BGB. nichtig.

Die Einwirkung der teilweisen Unmöglichkeit auf die Gültigkeit des Vertrages.

Der Kaufvertrag ist aber gemäß § 433 BGB. nicht nur auf Eigentumsverschaffung gerichtet, sondern legt dem Verkäufer außerdem noch die Verpflichtung auf, die Kaufsache zu „übergeben". Es liegt also nur teilweise Unmöglichkeit vor. Ob nun dieser Umstand allein schon die Nichtigkeit des ganzen Vertrages herbeiführt, soll im Folgenden untersucht werden.

Das Gesetz hebt die Fälle der teilweisen Unmöglichkeit und deren Auswirkungen nicht ausdrücklich hervor.

Im Gemeinen Recht galt der Satz: „Ist die Unmöglichkeit nur eine teilweise, so ist auch der Vertrag nur teilweise ungültig, es sei denn, daß der Vertragswille auf den noch möglichen Teil überhaupt nicht gerichtet gewesen ist" [27]). Es war diese Regelung eine Folge des im römischen und Gemeinen Recht geltenden Satzes: „Utile per inutile non vitiatur" [28]). Der Vertrag wurde also im Gegensatz zu § 139 BGB. grundsätzlich in Höhe des möglichen Teils aufrechterhalten.

Jedoch kommt in dem Nachsatz: „. . . es sei denn, daß der Vertragswille auf den möglichen Teil überhaupt nicht gerichtet gewesen ist" zum Ausdruck, eine wie große Rolle auch damals schon die Auslegung des Parteiwillens, „contemplatio", spielte. Kaplan [29]) schreibt hierzu: „Die ganze Lehre von der Unmöglichkeit ist nichts anderes, als die Lehre von dem, was die Parteien für den Fall einer unmöglichen Leistung gewollt haben. Daher kommt es im allgemeinen nur darauf an, mit Rücksicht auf welchen Teil die Leistung unmöglich ist, und hierfür ist nur ein Gesichtspunkt maßgebend, der Parteiwille.

Die Auslegung des Parteiwillens will Mommsen [30]) nach folgenden Grundsätzen vornehmen: „In der Regel könne man beim Verkäufer annehmen, daß, wie er des ganzen Gegenstandes sich habe entäußern wollen, um eine dem Wert desselben entsprechende Geldsumme in sein Vermögen zu bringen, er auch, wenn er von der teilweisen Unmöglichkeit Kunde gehabt hätte, sich nicht geweigert hätte, den noch vorhandenen Teil der Sache zu veräußern."

Anders sei dagegen der Käufer zu behandeln. Im Falle dessen Kenntnis von der teilweisen Unmöglichkeit sei im Zweifel anzunehmen,

---

[27]) Mommsen Beiträge I S. 162 f.
[28]) 1 5 Dig. de verb. obl. 45, 1.
[29]) Kaplan a. a. O. S. 23.
[30]) a. a. O. S. 23.

daß er nur den möglichen Teil [31]) habe kaufen wollen, nicht aber, wenn er die teilweise Unmöglichkeit nicht kannte. In manchen Fällen, so meint Mommsen, sei aus den obwaltenden Umständen ein Schluß möglich, ob der Käufer bei Kenntnis der teilweisen Unmöglichkeit überhaupt kontrahiert hätte.

Ähnlich haben wir auch nach Bürgerlichem Recht vorzugehen, denn auch hier hängt die Frage, ob der Vertrag bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung nichtig ist, allein von dem Ergebnis der Auslegung des Parteiwillens ab.

Gemäß § 139 BGB. ist, falls ein Teil eines Vertrages nichtig ist, der ganze Vertrag nichtig, es sei denn, daß die Parteien den Vertrag auch bei Kenntnis der Nichtigkeit geschlossen hätten.

Bevor wir den § 139 BGB. auf den Kaufvertrag über eine eigene Sache anwenden, haben wir uns mit der Ansicht Enneccerus' auseinanderzusetzen. Dieser meint nämlich, der § 139 sei überhaupt auf Verträge nicht anwendbar, da diese Vorschrift nur von teilweise nichtigen Rechtsgeschäften spreche. Die Bedenken Enneccerus', die mit der herrschenden Lehre im Widerspruch stehen, sind übrigens nur rein formaler Natur und beeinflussen die Entscheidung in keiner Weise. Sie würden doch nur dazu führen, daß man als Ausgangspunkt für die Auslegung nicht, wie in § 139, einen gänzlich nichtigen Vertrag vor sich hätte, sondern einen nur teilweisen nichtigen. Der Beurteiler hat doch seine Entscheidung immer so zu treffen, wie es der Wille der Parteien erheischt. Es ist daher für das Ergebnis der Auslegung gleichgültig, ob er von einem nichtigen oder von einem teilweise gültigen Vertrage ausgeht. Der Beurteiler hat sich die Frage vorzulegen: Hätte der Käufer beziehungsweise der Verkäufer den Vertrag auch abgeschlossen, wenn er gewußt hätte, daß ein Teil der sich aus dem Vertrage ergebenden Verpflichtungen nichtig ist? Wir können daher die Auslegung gemäß § 139 BGB. auch auf den Kauf eigener Sache anwenden und die Bedenken von Enneccerus' unberücksichtigt lassen. Voraussetzung der Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist, daß wir es mit einem einheitlichen Rechtsgeschäft [32]) zu tun haben, das sich aus mehreren Teilen zusammensetzt, von denen ein jeder für sich abgeschlossen werden könnte. Gerade beim Kaufvertrag kommt zwar die Einheit von Eigentumsverschaffung und Übergabe besonders stark zum Ausdruck. Die beiden Bestandteile des Kaufvertrages sind infolge ihres wirtschaftlichen Zusammenhangs und ihrer Zweckverbundenheit eng miteinander verknüpft. Trotzdem könnte jeder Teil ohne den anderen bestehen. Man kann jemandem Eigentum an einer Sache verschaffen, ohne ihm die Sache zu übergeben (§ 930 BGB.). Andererseits wird eine Sache häufig übergeben, ohne daß damit Eigentum daran verschafft werden soll (Miete, Pacht, Leihe).

Die Auslegung selbst macht keine besonderen Schwierigkeiten. Sie muß grundsätzlich beim Kauf eigener Sache dazu führen, daß der ganze Kaufvertrag nichtig ist.

---

[31]) Diese Frage wird uns weiter unten bei der Behandlung der „reservatio mentalis" noch beschäftigen.

[32]) Wie wir oben ausgeführt haben, kann es sich auch um einen Vertrag handeln.

Gemäß § 433 BGB. ist der wesentliche Zweck eines Kaufvertrages, wie auch im Allgemeinen Landrecht, darauf gerichtet, daß der Verkäufer den Käufer zum Eigentümer der Kaufsache macht. Auf der Eigentumsverschaffung liegt also der Schwerpunkt; denn der Käufer soll die Kaufsache nicht etwa nur zum vorübergehenden Gebrauch erhalten. Anderenfalls müßte dem Käufer ja auch mit dem Abschluß eines Miet- oder Pachtvertrages genau so gedient sein. Das ist aber eben gerade nicht der Fall. Der Käufer will die Sache zu Eigentum erwerben, er will mit der Kaufsache wie ein Eigentümer verfahren können (§ 903 BGB.). Und diesen Erfolg erstrebt er durch den Abschluß des Kaufvertrages. Nur um dieses Erfolges willen hat er das Rechtsgeschäft abgeschlossen. Konnte er aber diesen erstrebten Zustand nicht mehr herbeiführen, weil er schon bestand, so kann man nicht annehmen, daß er den Kaufvertrag auch abgeschlossen hätte, wenn er diese Umstände gekannt hätte. Dies um so weniger, als der Käufer, nur um die Übergabe an sich zu erreichen, nicht hätte einen Kaufvertrag zu schließen brauchen, da er diese schon auf Grund seines Eigentumsrechts hätte erzwingen können (§ 985 BGB.). Grundsätzlich führt daher die Auslegung zur Nichtigkeit.

3. Abschnitt:

Der Kaufvertrag über eine eigene Sache kann unter Umständen gültig sein.

A. Die Konversion.

Aber nicht jeder Kaufvertrag über eine eigene Sache muß unter allen Umständen immer ungültig sein. Der Umstand, daß eine oder beide Parteien wissen, daß der Käufer Eigentümer der Kaufsache ist, kann, wie wir weiter unten sehen werden, dem Vertrag einen vernünftigen Zweck geben, die darin versprochene Leistung möglich machen.

Wir haben daher im folgenden vier Fälle zu untersuchen:

1.) Beide Parteien wissen, daß der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache ist.

2.) Nur der Käufer weiß, daß er Eigentümer ist.

3.) Nur der Verkäufer weiß dies.

4.) Keiner der beiden Vertragspartner weiß, daß der Käufer Eigentümer der Kaufsache ist.

Den ersten Fall, in dem beide Parteien das Eigentum des Käufers kennen, wollen einige Schriftsteller[33]), insbesondere aber auch das Reichsgericht[34]), im Wege der Konversion lösen. Diese Lehre soll im folgenden wiedergegeben und besprochen werden.

Das Wesen und die Bedeutung der „Konversion" hat besonders Römer[35]) sehr klar zum Ausdruck gebracht.

---

[33]) vgl. insbes. RGRK. § 140 Anm. 2a E.
[34]) JW. 1924, S. 1360.
[35]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 36, S. 60 ff.

Römer geht vom Rechtsgeschäft als einer auf „Entstehung, Aufhebung oder Modifikation eines Rechtsverhältnisses gerichteten Willenserklärung“ aus. Das Rechtsgeschäft, so sagt er, hat zwei Seiten: Eine äußere, den Körper, die Hülle, die Form des Rechtsgeschäfts und eine innere Seite, die Seele, die Richtung des Willens auf den juristischen Zweck. Bei der Konversion sei nun die Form des Rechtsgeschäfts nicht geeignet, den darin enthaltenen Willen zum Erfolge zu führen.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch hat der Gedanke der Konversion im § 140 BGB. Ausdruck gefunden. Danach ist eine Umdeutung in ein anderes Rechtsgeschäft dann zulässig, wenn anzunehmen ist, daß das letztere bei Kenntnis der Nichtigkeit des ersten gewollt sein würde. Das soll jedoch nicht heißen, daß die Parteien für den Fall der Nichtigkeit dieses Ersatzgeschäfts gleich vorgesehen haben müssen. Vielmehr ist der in § 140 BGB. geforderte Wille der Vertragsparteien, bei Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrages den Rechtserfolg durch ein anderes, gültiges Rechtsgeschäft herbeizuführen, nur ein hypothetischer. Nach Ansicht derer, die die Aufrechterhaltung des Kaufvertrages über eine eigene Sache unter gewissen Voraussetzungen im Wege der Konversion verfechten, soll nun der nichtige „Kaufvertrag“ in das von den Parteien wirklich gewollte Rechtsgeschäft „umgedeutet“ werden. In welcher Weise die Konversion im Einzelfall vorgenommen wird, zeigt folgende, in der Juristischen Wochenschrift aus dem Jahre 1924 auf Seite 1360 mitgeteilte Entscheidung. Folgender Sachverhalt lag zugrunde:

Die Firma F. hatte Maschinenbestandteile unter Eigentumsvorbehalt an den Händler H. geliefert. Einige Zeit nach Abschluß dieses Vertrages schlossen dieselben Parteien einen zweiten Vertrag, durch den sich der Händler H schon vor Erfüllung seiner Pflicht zur Kaufpreiszahlung, also als sich das Eigentum an den Maschinenteilen noch bei der Firma F befand, verpflichtete, diese gegen eine vereinbarte, von der Firma F zu zahlende Geldsumme an letztere zurückzuliefern. Als die Firma F bei Ausbleiben der Lieferung gegen H Klage erhob, und diese auf den eben genannten Vertrag stützte, wurde sie abgewiesen, weil, wie das Gericht meinte, eine dem Käufer schon gehörende Sache nicht Gegenstand eines Kaufvertrages sein könne, und der Vertrag deshalb gemäß § 306 BGB. nichtig sei. Diese Ansicht wurde jedoch vom Revisionsgericht nicht geteilt. Vielmehr wurde der Vertrag für vollgültig angesehen. Der Kaufvertrag über die Maschinenteile sei zwar, wenn man ihn als Kauf eigener Sache ansieht, auf eine unmögliche Leistung gerichtet und somit nach herrschender Lehre nichtig. Dem stehe aber nicht entgegen, die Vereinbarung unter einem anderen Gesichtspunkt aufrechtzuerhalten. Bei der „Konversion“ sei vor allem der wirtschaftliche Erfolg entscheidend. Als Gesichtspunkte seien hier vor allem Besitzkauf oder Rückgängigmachung des früheren Kaufes maßgebend. Die Kaufpreiszahlung könne dann als eine Art „Reugeld“ aufgefaßt werden.

Das in dieser Entscheidung gewonnene Ergebnis ist zwar durchaus befriedigend. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, bedurfte es aber, wie im folgenden ausgeführt werden soll, nicht der „K o n v e r s i o n“.

In dem Urteil wird davon ausgegangen, daß die Parteien eine bestimmte Vertragsform, nämlich den Kaufvertrag, gewählt haben, durch

die der von den Parteien erstrebte Erfolg nicht herbeigeführt werden kann, weil der Schuldner die versprochene Leistung, die Verschaffung des Eigentums aus oben genannten Gründen nicht erbringen kann. Die Parteien haben aber garnicht erklärt, Verpflichtungen aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 BGB. übernehmen zu wollen. Vielmehr sollten die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Maschinenteile an die Firma F zurückgeliefert werden, und dafür sollte diese eine bestimmte Summe erlegen. Warum preßt man diesen äußerlich vielleicht einem Kaufvertrag ähnelnden Vertrag erst in die vom Gesetz geprägte Form des § 433 BGB., um ihn, da er in diese Form nicht hineinpassen kann, doch wieder „umzudeuten"?

Sollte daher der Richter bei der Beurteilung eines derartigen Vertrages nicht besser von vornherein im Wege der Auslegung den mit dem Geschäft bezweckten wirtschaftlichen Erfolg erforschen und versuchen, den Parteien dazu zu verhelfen? Die Anwendung des § 140 BGB. ist aber meines Erachtens nicht nur umständlich, sondern auch falsch. § 140 BGB. sagt: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde." Es wird also davon ausgegangen, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist, also im vorliegenden Falle ein Kaufvertrag über eine eigene Sache. Darum handelt es sich, wie schon oben ausgeführt, gar nicht. In der oben [36]) wiedergegebenen Entscheidung hätte in den Urteilsgründen gesagt werden müssen, daß es sich um einen Kaufvertrag gar nicht handelt und der Beklagte infolgedessen auf Grund der gültigen Vereinbarung zur Lieferung der Maschinenteile verpflichtet sei.

Wissen beide Parteien, daß der „Käufer" Eigentümer der Kaufsache ist, so wird der Vertrag, den die Parteien schließen, meist ein Vergleich sein. Der mit diesem Vergleich erstrebte Erfolg kann nun je nach Lage des Falles verschieden sein. Oft wird es sich um einen Besitzkauf handeln. Die „emtio possessionis" [37]) war schon dem römischen Recht bekannt. Dieser Vertrag wurde trotz der grundsätzlichen Nichtigkeit der „suae rei emtio" für gültig angesehen, wenn er den Zweck hatte, dem Eigentümer eine stärkere Rechtsstellung zu verschaffen: ... . . ut in judicio possessionis potior esset" [38]). Der Besitzkauf hatte auch im Allgemeinen Landrecht Geltung [39]).

Ziel des Vergleichs kann aber auch, wie wir in der zitierten Entscheidung gesehen haben, Rückgängigmachung eines früher geschlossenen Vertrages sein, wobei die zu entrichtende Geldsumme etwa als Reugeld aufzufassen ist.

B. Die Auslegung gemäß § 139 BGB.

Bisher haben wir nur den Fall behandelt, in dem beide Parteien wußten, daß der Käufer Eigentümer der Kaufsache war. Mehr noch in-

[36]) S. 55 ff.
[37]) l. 34 § 4 l. 16. de cod. Bechmann: Kauf Bd. 2. S. 72.
[38]) l. 34 § 4 cit.: l. 28 Dig. 16, 2.
[39]) Eccius, pr. Priv. R. Bd. 3 S. 49.

same gedacht werden und nur, weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung“ [41]).

Die Verfechter der Erklärungstheorie stellen den Umstand, daß die Sicherheit des Verkehrs die Anerkennung der Wirksamkeit jeder Willenserklärung erfordere, in den Vordergrund [42]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch nimmt in Wirklichkeit einen vermittelnden Standpunkt ein, der allerdings etwas mehr zur Erklärungstheorie hinüberneigt. Grundsätzlich wird im Bürgerlichen Gesetzbuch nur das berechtigte Vertrauen eines Erklärungsempfängers auf die Gültigkeit einer Willenserklärung geschützt. Aber auch die Vertrauenstheorie ist nicht konsequent durchgeführt. So schützt das Gesetz das Vertrauen in § 118 BGB. nur unter gewissen Voraussetzungen auch in § 119, auch wenn es nicht fahrlässig ist, nur in der abgeschwächten Form des negativen Vertragsinteresses.

Der Tatbestand einer Willenserklärung setzt sich aus drei Faktoren zusammen: Der Erklärungshandlung oder dem Erklärungsmittel, dem Erklärungswillen und dem Handlungswillen.

Die Erklärungshandlung soll dem Erklärungsgegner überhaupt erst, sei es akustisch, sei es schriftlich oder auch nur durch ein Zeichen [43]), den Geschäfts- oder Rechtswirkungswillen des Erklärenden zuführen und erkenntlich machen.

Mit dieser Erklärungshandlung muß der Erklärende daher einen Verständigungszweck verfolgen, muß einen Erklärungsvorsatz haben. Boehmer [44]) hat das folgendermaßen ausgedrückt: „Der Erklärende muß sich zum mindesten des kognitiven Erklärungswertes seiner Erklärungshandlung bewußt sein.“

Der Wille des Erklärenden, die äußere Erklärungshandlung, die dem Geschäftsgegner den Geschäftswillen offenbaren soll, vorzunehmen, ist der „Handlungswille“.

Sind die drei Erfordernisse der Willenserklärung, Erklärungshandlung, Erklärungswille, und Handlungswille gegeben, so ist in jedem Falle eine voll wirksame Willenserklärung abgegeben worden, an die die Partei gebunden ist.

In dem oben gebildeten Beispiel ist dies der Fall. Der Käufer hat erklärt, er wolle das Buch kaufen, hat sich also eines verständlichen Erklärungsmittels bedient und war sich dabei des Äußerungswertes der von ihm abgegebenen Erklärung und ihrer Wirkung auf den Verkäufer wohl bewußt. Er wußte und wollte ja, daß seine Erklärung als Kaufofferte angesehen wurde. Hierin liegt übrigens der wesentliche Unterschied zwischen § 116 und § 118 BGB.. In § 118 BGB. verneint zwar der Kontrahent ebenfalls innerlich das Erklärte wie auch in § 116 BGB.,

---

[41]) vgl. auch Wächter, württ. Pr. R. (1842) Bd. 4. S. 634.

[42]) vgl. Savigny a. a. O.

[43]) So z. B. bei Weinauktion durch Erheben des Armes beim Höherbieten.

[44]) Zitiert aus dem in dieser Abhandlg. verarbeiteten Druckbogen „Willensmängel“.

aber im Gegensatz zu § 116 BGB. in der Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde von dem anderen Vertragspartner ebenfalls nicht verkannt werden.

Endlich hat der Käufer in dem von uns gebildeten Beispiel auch den Handlungswillen, sodaß keinerlei Anlaß gegeben ist, die Wirksamkeit der vom Käufer abgegebenen Willenserklärung aus irgendeinem Grunde in Frage zu stellen. Insbesondere vermag dies nicht der Umstand, daß sich der Käufer insgeheim vorbehalten hat, das Erklärte nicht zu wollen. Der Grund für die in § 116 BGB. getroffenen Regelung beruht also nicht, wie Schliemann [45]) meint, auf [46]) ethischen Erwägungen. Auch Savignys Ansicht, die Mentalreservation sei bedeutungslos, weil der innere Wille „kein zuverlässiges Erklärungszeichen" sei, kann nicht beigetreten werden. Vielmehr ist der Grund die Bedeutungslosigkeit der Abweichung des inneren Geschäftswillens, wenn die drei Erfordernisse einer gültigen Willenserklärung: Erklärungsmittel, Erklärungswillen und Handlungswillen gegeben sind.

Zu bemerken ist hier noch, daß auch das Allgemeine Landrecht schon diesen Standpunkt vertrat. So heißt es in § 11 I 42 ALR.: „War ein Teil der Substanz der verkauften Sache schon zur Zeit des abgeschlossenen Vertrages nicht mehr vorhanden, und diesen beiden Teilen unbekannt, so ist der Vertrag für nicht geschlossen anzusehen." und § 43 desselben Teiles: „War es nur dem Käufer bekannt, so besteht der Vertrag auch in Ansehung des verabredeten Kaufpreises." Auch hier kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß der innere Geschäftswille bei Vorliegen einer sonst wirksamen Willenserklärung unberücksichtigt bleiben muß.

Es ist also wiederum ein Teil des Kaufvertrages, die Verpflichtung des Verkäufers zur Übereignung, nichtig. Wir haben daher jetzt, wie schon oben erwähnt, die Auslegung gemäß § 139 BGB. vorzunehmen und zu prüfen, ob die Parteien das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten.

Kennt der Käufer, um auf unser obiges Beispiel zurückzukommen, sein Eigentumsrecht an dem Buch, so führt uns die Auslegung zu dem Ergebnis, daß der Vertrag trotz der Nichtigkeit eines seiner Bestandteile voll gültig ist. Es heißt in § 139 BGB.: Gültig ist der Vertrag, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien ihn auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten. Was den Käufer anbetrifft, so hat dieser ja trotz Kenntnis der tatsächlichen Umstände erklärt, kaufen zu wollen. Sein Wille, das Rechtsgeschäft auch bei Kenntnis der Nichtigkeit eines Teils desselben vornehmen zu wollen, ist also gar kein hypothetischer, sondern ein wirklicher. Aber auch der Verkäufer hätte ja keinen Grund, den Abschluß des Kaufvertrages auch bei Kenntnis der Nichtigkeit der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung zu bereuen. Wollte er für den von ihm geforderten Kaufpreis Übergabe und Eigentumsverschaffung leisten, so würde er den Vertrag doch erst recht geschlossen haben, wenn er gewußt hätte, daß er für diesen Kaufpreis nur die Übergabe leistete,

[45]) Lehre vom Zwang, S. 111.
[46]) System d. röm. Pr. R. III S. 258 ff. vgl. auch Zitelmann Dogm. J. Bd. 16, S. 357.

ja er kann zufrieden sein, daß er den Kaufvertrag so günstig abgeschlossen hat.

Wußte der Käufer, als er an den Wagen des Antiquars herantrat, dagegen nicht, daß er im Begriffe war, sein eigenes Buch zu kaufen, so kann der Vertrag im Wege der Auslegung gemäß § 139 BGB. Geltung nicht erlangen. Man kann nicht annehmen, daß der Käufer, der glaubt, eine fremde Sache zu kaufen, diese auch gekauft, das heißt durch Erlegung eines Kaufpreises erworben hätte, daß die Sache, auf die sein Erwerbswille gerichtet war, schon ihm gehörte.

Die Frage, ob die Parteien das Eigentumsrecht kannten, spielt noch, wie wir weiter unten sehen werden, bei der Feststellung eventueller Schadensersatzansprüche eine Rolle.

Wir kommen zu folgendem Ergebnis:

Der Kaufvertrag über eine eigene Sache ist immer gültig, wenn nur der Käufer sein Eigentumsrecht kannte und den Kaufvertrag unter innerem Vorbehalt abschloß. Der Kauf eigener Sache k a n n ferner gültig sein, wenn beide Parteien wissen, daß der Käufer Eigentümer ist; nämlich dann, wenn es sich, wie oben ausgeführt, um Besitzkauf, oder Rückgängigmachung eines Kaufvertrages handelt. Dagegen muß der Kauf eigener Sache immer dann nichtig sein, wenn der Käufer sein Eigentumsrecht nicht kennt; denn hier kann weder die Auslegung nach § 139 BGB., noch auch die Umdeutung in ein anderes Geschäft zur Aufrechterhaltung des Vertrages führen.

6. A b s c h n i t t :

Die Anfechtung gemäß § 119 BGB.

Es fragt sich nun, ob die Vertragspartner in den Fällen, in denen der Vertrag gültig ist, durch Anfechtung ihrer Willenserklärungen wegen I r r t u m s von ihren Vertragsverpflichtungen freikommen können [47]).

Eine Anwendung der Vorschriften über Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung kommt nicht in Betracht. Im Falle 1.) unserer Übersicht wußten ja beide Teile, daß der Käufer Eigentümer ist. Es hat also keiner von ihnen g e i r r t. Die Anfechtung ist schon deshalb ausgeschlossen. Im Falle 2.) hat zwar der Verkäufer geirrt und ist, da er den Vertrag auch in der irrigen Annahme abschloß, er sei Eigentümer der Kaufsache, getäuscht worden. Trotzdem kann auch hier die Anfechtung nicht Platz greifen, weil für den Verkäufer gar kein Interesse hat, diesen Vertrag, an dessen Bestand ihm ja gerade gelegen ist, im Wege der Anfechtung zu vernichten.

7. A b s c h n i t t :

Die Bereicherungsansprüche.

Vorweg mag gesagt sein, daß Bereicherungsansprüche nur in den Fällen 3 und 4 unserer Übersicht in Frage kommen, da nur hier der

[47]) In den Fällen, in denen der Vertrag nichtig ist, ist ja eine Anfechtung weder erforderlich noch auch möglich.

Verkäufer „etwas ohne rechtlichen Grund auf Kosten" des Käufers erworben haben kann.

Gesetzt nun den Fall, der Käufer habe in Unkenntnis der tatsächlichen Umstände den vom Verkäufer geforderten Kaufpreis entrichtet. Wie ist dann die Rechtslage?

Das römische Recht zog in 1. 16 pr. Dig. de. c.e. 18. aus der Nichtigkeit des Vertrages die Folgerung, daß der Käufer die ihm tradierte Sache behalten könne, den etwa schon gezahlten Kaufpreis aber zurückfordern dürfe . . . „Sed si ignorans emi quod solvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit".

Nach Bürgerlichem Recht kann der Käufer die ihm übergebene Sache ebenfalls behalten. Der Verkäufer würde zwar, da der Kaufvertrag nichtig ist, berechtigt sein, die Kaufsache, die ja auf Grund des „Kaufes" übergeben worden war, zunächst die Sache wieder herauszuverlangen. Er müßte jedoch sodann, da dem Käufer auf Grund seines Eigentums gemäß § 985 BGB. ein Herausgabeanspruch zusteht, auf dessen Verlangen die Sache umgehend an diesen zurückgeben. Sein Begehren, die Sache wegen Nichtigkeit des Kaufvertrages zurückzuerhalten, ist daher dolos: Dolo petit qui petit quod statim rediturus est. Er könnte jedoch gemäß §§ 273, 1000 BGB. die Herausgabe solange verweigern, bis er wegen der etwa von ihm auf die Sache gemachten Verwendungen befriedigt ist. Dieses Zurückbehaltungsrecht kommt jedoch in Fortfall, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat (§ 1000 Abs. II.). Sollte also der Verkäufer das zerlederte Buch, um es günstig weiter verkaufen zu können, mit einem neuen Einband versehen haben, so könnte er die Herausgabe des Buches bis zur Erstattung der Buchbinderkosten verweigern, es sei denn, daß er es durch eine unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Verkäufer hätte dem Käufer gemäß § 812 BGB. den von diesem ohne rechtlichen Grund erhaltenen Kaufpreis zurückzuerstatten. Im Falle 3 unserer Übersicht, in dem der Verkäufer den Mangel des rechtlichen Grundes bei Empfang des Geldes vom Käufer kannte, also wußte, daß er einen Kaufpreis gar nicht beanspruchen konnte, ist er gemäß § 819 BGB. vom Empfang der Leistung an verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe in diesem Zeitpunkt fällig geworden wäre. Gemäß § 818 Abs. IV haftet er sogar ohne Rücksicht darauf, ob er im Zeitpunkt der Geltendmachung noch bereichert ist. Seine Haftung ist hier in § 292 BGB. begründet, wonach die Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit gelten, Anwendung finden, also die Vorschriften der §§ 989 BGB. ff.

8. Abschnitt:

Die Haftung aus „culpa in contrahendo".

Bisweilen haben aber die Parteien im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages Aufwendungen gemacht, die wegen Nichtigkeit und Nichteintritts des mit dem Vertrage bezweckten Erfolges umsonst waren. Es

ist daher zu prüfen, wer den etwa daraus entstandenen Schaden zu tragen hat.

Gemäß § 307 BGB. soll derjenige, der bei Vertragsschluß wußte, oder wissen mußte, das heißt fahrlässigerweise nicht wußte, daß der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, dem anderen für den Schaden haften, den dieser dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute. Doch soll die Haftung nicht eintreten, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit ebenfalls kannte oder doch kennen mußte (§ 307 Abs. II BGB.).

Über die Natur dieses Haftungsgrundes ist viel gestritten worden. Sie ist deshalb von Bedeutung, weil sie bei der Konkurrenz dieses Anspruchs mit eventuellen Ersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung, sowie bei der Bemesung der Verjährungsfrist und endlich im Hinblick auf §§ 278 und 831 BGB. eine Rolle spielen kann.

Einige Schriftsteller [48]) wollen die Haftung aus § 307 BGB. auf eine stillschweigend übernommene oder gesetzlich auferlegte Garantie zurückführen. Wollte man dieser Ansicht folgen, so müßte man sagen: Jeder Vertragsschließende übernimmt, gleichviel, ob ihn ein Verschulden trifft, oder nicht, die Haftung für den Schaden, der dem anderen Teil aus der Nichtigkeit des mit ihm geschlossenen Vertrages erwächst. Haftungsgrund wäre also nach dieser Lehre lediglich der Umstand, daß der Vertrag nichtig ist. Gemäß § 307 BGB. ist aber Haftungsgrund die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Unmöglichkeit. Die Annahme einer stillschweigenden oder durch Gesetz auferlegten Garantie steht also mit dem Gesetz in Widerspruch und ist daher abzulehnen.

Aber auch der Ansicht Gierkes [49]), die Haftung aus § 307 BGB. sei eine rein deliktische, kann nicht beigetreten werden. Gierke ist sich auch bewußt, daß er mit seiner Ansicht gegen die herrschende Lehre geht. Er sagt aber: „Auch diese muß anerkennen, daß, weil der Vertrag nichtig ist, ein rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund fehlt, sie behelfen sich aber mit der leeren Ausflucht, es liege eine durch Gesetz auferlegte Verpflichtung vor. Gewiß handelt es sich um eine Verletzung der für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen maßgebenden Rechtsnormen. Allein eine sogenannte „culpa in contrahendo“ bleibt eben außerkontraktliches Verschulden und fällt darum unter den Begriff der unerlaubten Handlungen“.

Gierke hält aber nicht nur den Anspruch aus § 307 BGB., sondern auch den aus § 122 BGB. nicht für rechtsgeschäftlich, sondern für deliktisch [50]). Überhaupt ist es seiner Ansicht nach für die deliktische Natur eines Anspruchs nicht wesentlich, daß den einen Teil ein Verschulden trifft.

Die Haftung aus § 307 BGB. entspringt vielmehr richtiger Ansicht, wenn auch nicht direkt dem Vertrage, so doch einer schon die Vertragsverhandlungen begleitenden Sorgfaltspflicht, einer „Treupflicht“ der Vertragsparteien gegeneinander. Wir hatten oben festgestellt, daß der Kaufvertrag über eine eigene Sache in den Fällen, in denen das Eigentums-

[48]) vgl. Oertmann § 303 Anm. 8.
[49]) Deutsches Priv. R. Bd. 3. S. 113, vgl. auch Anm. 10 daselbst.
[50]) vgl. Gierke a. a. O. § 177, 10.

recht nur dem Verkäufer oder keinem der Kontrahenten bekannt war, nichtig sein mußte. Was bedeutet nun diese Nichtigkeit"? Ist der Vertrag als nie geschlossen anzusehen, gänzlich wirkungslos, zeitigt er keinerlei Folgen?

Von der absoluten Wirkungslosigkeit werden richtiger Ansicht bei einem „nichtigen" Vertrag nur die auf Erfüllung desselben gerichteten Bestandteile ergriffen. Die anderen Bestandteile, so auch die Sorgfaltspflicht der Parteien gegeneinander, bleiben voll wirksam. Nichtig nennen wir doch auch einen Vertrag nur deshalb, weil die Erfüllung aus einem objektiven Anlaß schon bei Vertragsschluß nicht realisierbar ist.

Ihering [51]) hat zum ersten Mal diese Trennung gemacht. Auch Ihering sah in der Nichtigkeit nicht gänzliche Wirkungslosigkeit.

Die Gewährung der actio emti im römischen und gemeinen Recht in einem solchen Falle, so meint Ihering, sei der sichere Beweis dafür, daß der Vertrag gewisse Wirkungen hervorgebracht habe, der Ausdruck „Nichtigkeit" könne also, wenn er passend gebraucht sein solle, nur einen beschränkten Sinn haben, nicht die Abwesenheit sämtlicher, sondern nur bestimmter Wirkungen präzisieren. Sei die Wirkung eines Vertrages, so meint Ihering, wegen Mangels eines Erfordernisses ausgeschlossen, der Endzweck eines Vertrages also vereitelt, so nenne man ihn „nichtig". Allein mit Nichteintritt des Endzwecks, fährt Ihering fort, vertrage sich sehr wohl, daß der Vertrag Verbindlichkeiten anderer Art hervorbringen könne, insofern dieselben nur nicht auf Erfüllung gerichtet seien: „Warum", sagt Ihering, „soll nicht der Vertrag eine Verpflichtung unter den Parteien hervorbringen können, soweit letztere nicht Leistung des Gegenstandes zum Zweck hat".

Zur Erfüllung gewisser Sorgfalt enthielt das in § I 5. 284. ALR. die folgende Bestimmung: „Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegende Verpflichtung vernachlässigt hat."

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb ein Vertragskontrahent, der die aus dem Treuverhältnis der Parteien resultierende Sorgfaltspflicht außer Acht läßt, nur deshalb von dieser vertraglichen Sorgfaltspflicht befreit sein soll, weil der Vertragszweck unerreichbar und somit der Vertrag nichtig ist. Der Vertrag ist also bezüglich der von den Parteien zu beachtenden Sorgfaltspflicht trotz der „Nichtigkeit" wirksam.

Wie sich aus dem Wortlaut des § 307 BGB. ergibt, ist zur Begründung der darin ausgesprochenen Haftung ein Verschulden des Ersatzpflichtigen erforderlich. Dem schuldigen Vertragspartner wirft man vor: „Du hättest den Vertrag nicht abschließen dürfen, weil Du gewußt hast oder doch wissen mußtest, daß unter den vorliegenden Umständen ein gültiger Vertrag nicht zur Entstehung kommen kann. Du hast mir infolgedessen den Schaden zu ersetzen, der mir dadurch entstanden ist daß ich auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut habe."

Der Umfang der Ersatzpflicht aus § 307 BGB. entspricht dem in den §§ 122, 179 BGB. normierten. Er umfaßt das sogenannte negative

---

[51]) Iher. Jahrb. Bd. 4. S. 1 ff.

Interesse. Darunter fallen alle im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages zur Herbeiführung des Vertragsschlusses gemachten Aufwendungen: die Kosten eines Deckungskaufes, entgangener Gewinn, allerdings nur wegen Ausschlagens eines anderen Geschäfts. Die Schadensberechnung erfolgt nach § 249 BGB. Die Höchstgrenze für die Festsetzung des Ersatzanspruches ist das „Erfüllungsinteresse". Der Ersatzberechtigte soll nicht besser gestellt sein, als wenn der Vertrag gültig wäre.

Zu beachten bleibt noch die Frage des Kausalzusammenhangs, denn ein Ersatzanspruch besteht, wie es § 307 BGB. ausdrücklich ausspricht, nur, wenn der Schaden auch wirklich seine Ursache in dem getäuschten Vertrauen findet. Ist also ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag noch aus einem zweiten, dem schuldigen Vertragspartner nicht bekannten Grunde nichtig, so verpflichtet die Kenntnis der Unmöglichkeit oder deren fahrlässige Unkenntnis dem anderen Teile gegenüber nicht zum Schadensersatz:

Schließt A beispielsweise mit B einen mündlichen Kaufvertrag über ein dem Käufer schon gehöriges Grundstück und kannte A das Eigentumsrecht des B, so ist A trotzdem nicht zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet; denn selbst, wenn die Unmöglichkeit wegen Kaufs eigener Sache nicht vorgelegen hätte, wäre der Kaufvertrag nichtig gewesen (§ 313 BGB) und der Schaden wäre ebenfalls eingetreten, es sei denn, daß die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch stattgefunden hat (§ 313 Satz 2).

§ 307 BGB. schließt eine Ersatzpflicht des schuldigen Teils aber dann überhaupt aus, wenn die Unmöglichkeit der Leistung, auf die der Vertrag gerichtet war, auch dem anderen Vertragspartner bekannt war oder doch hätte bekannt sein müssen.

Wie ist nun der Fall zu behandeln, in dem einer der Kontrahenten wußte, daß der Käufer Eigentümer und der Vertrag wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig ist, der andere Teil dies zwar nicht wußte, aber doch wissen mußte. Diese Frage kann nur dann praktisch werden, wenn der Verkäufer wußte, daß der Käufer Eigentümer ist, der Käufer dies jedoch wissen mußte. Im umgekehrten Falle ist ja der Vertrag, wie schon oben ausgeführt auf Grund der Auslegung nach § 139 BGB. gültig, die Frage des Schadensersatzes wegen Nichtigkeit des Vertrages taucht also gar nicht auf.

Die Frage läuft darauf hinaus, ob man, wenn sich die in § 307 BGB. aufgeführten verschiedenen Grade des Verschuldens gegenüberstehen, die Bestimmung des § 254 BGB. auf den § 307 BGB. anwenden kann, das heißt, ob man eine Schadensausgleichung je nach dem Grade des Verschuldens vornehmen kann.

Über diese Frage herrscht viel Streit.

Für eine Anwendung des § 254 BGB. auf § 307 BGB. hat sich besonders Oertmann [52]) ausgesprochen. Er begründet seine offenbar im Widerspruch mit dem Gesetz stehende Ansicht, indem er ausführt, daß durch Gleichstellen von „K e n n e n" und „K e n n e n m ü s s e n" Vorsatz und Fahrlässigkeit völlig gleich behandelt würden. Dies führe zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des vorsätzlich Handelnden gegen-

[52]) § 306 Anm. 3, 4.

über dem nur fahrlässig Handelnden. Oertmanns Bedenken sind jedoch, wie wir weiter unten sehen werden, völlig unbegründet. Oertmann kommt auf Grund seiner Ansicht zu folgendem, allerdings recht billigen Ergebnis:

Kennt nur eine Partei die Unmöglichkeit, die andere befindet sich aber nicht einmal in fahrlässiger Unkenntnis, so hat der Kennende den Schaden ganz zu ersetzen. Stehen sich aber Kennen und Kennenmüssen gegenüber, so trifft den Kennenden eine höhere Ersatzpflicht. Bei konsequenter Durchführung muß man dann auch noch die verschiedenen Grade der Fahrlässigkeit berücksichtigen.

Die herrschende Lehre [53]) lehnt jedoch die Anwendbarkeit des § 254 auf § 307 BGB. ab, und zwar mit Recht. Der § 307 BGB. stellt sich gegenüber der allgemeinen Bestimmung als eine Sondervorschrift dar und regelt die Frage des Mitverschuldens selbständig. Das Reichsgericht hat dieser Entscheidung im 105. Bande auf Seite 412 ff. Ausdruck verliehen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beklagte hatte vom Kläger 30 Fuder Obstwein zum Preise von 150.000.— RM. gekauft, aber nachher nicht abgenommen. In erster Instanz wurde der Beklagte zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt. In der Berufungs berief er sich darauf, der Vertrag sei nichtig, weil er, der Beklagte zum Handel mit Obstwein nicht zugelassen sei. Bei Versteigerung des Weines durch den Verkäufer und Kläger ergab sich ein Mindererlös von 75.285.— RM. Der Verkäufer verlangte nun diesen Betrag als Kaufpreisrest, hilfsweise als Ersatz für den Schaden, der ihm dadurch erwachsen sei, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut habe. Das Berufungsgericht wies die Klage ab. Auch die Revision blieb erfolglos.

Uns interessieren jetzt die Entscheidungsgründe, denn sie behandeln insbesondere die in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB. auf den § 307 BGB..

Das Reichsgericht hat in den Urteilsgründen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift deshalb prüfen müssen, weil der Verkäufer, wie das Reichsgericht angenommen hat, ebenfalls prüfen mußte, ob sein Vertragspartner die Erlaubnis zum Handel mit Obstwein besaß. Die Vorschriften über die Fernhaltung unzuverlässiger Personen vom Handel mit Obstwein seien im öffentlichen Interesse erlassen und daher von jedermann zu prüfen. Also auch der Kläger hätte das prüfen müssen. Darin, daß er dies unterlassen habe, liege ein fahrlässiges Verhalten. Der Kläger habe daher auch die Nichtigkeit kennen müssen.

Der § 307 BGB. sei auch gegenüber den Vorschriften des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse eine Sondernorm über Verschulden beim Vertragsschluß, die den Fall des Mitverschuldens selbständig regele. Der Gesetzgeber habe auch eine Ausgleichung wie in § 254 BGB. wissentlich ausgeschlossen. Anderenfalls hätte der § 307 BGB. Abs. 1 Satz 2 folgendermaßen gefaßt sein müssen: „Wenn auch der andere Teil die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, hängt die Verpflich-

---

[53]) Staudinger § 307 Anm. 2, vgl. auch Siber in JW. 23, S. 921 und RGZ. Bd. 106, S. 162.

tung zum Schadensersatz und der Umfang dieser Ersatzpflicht davon ab, ob der Schaden mehr durch die schuldhafte Unkenntnis des einen Vertragsteils oder durch die des anderen verursacht worden ist.

Das Reichsgericht beschränkt sich darauf, seine Ansicht lediglich auf den Wortlaut des § 307 BGB. zu stützen, ohne Prüfung des Grundes, der den Gesetzgeber zu dieser Regelung veranlaßte. Der Grund ist jedoch unschwer zu finden. Er beruht auf der im Gesetz fast ausschließlich herrschenden „Vertrauenstheorie". Es soll eben nur der geschützt werden, dessen „berechtigtes" Vertrauen getäuscht wurde. Der Umstand, daß jemand fahrlässigerweise vertraute, also die erforderliche Prüfung unterließ, beweist doch aber gerade, daß sein Vertrauen nicht berechtigt war, daß er infolgedessen auch keinen Schutz verdient hat.

Die Entscheidung über die Frage, wann einer der Vertragspartner die Unmöglichkeit kennen mußte, ist vom Richter nach freier Überzeugung bei Berücksichtigung aller Tatumstände zu fällen.

9. Abschnitt:

Die Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung.

Die oben erörterten Bedenken Oertmanns, durch die Gleichsetzung von „Kennen" und „Kennenmüssen" in § 307 BGB. begünstige man ungerechtfertigterweise den vorsätzlich Handelnden gegenüber dem nur fahrlässig Handelnden, sind, wie wir aus folgenden Ausführungen ersehen werden, unbegründet.

Der wissende Verkäufer haftet nämlich dem anderen Teile aus unerlaubter Handlung gemäß den Vorschriften der §§ 823 ff. BGB. § 823 Abs. I scheidet zwar als Haftungsgrund aus, weil es sich regelmäßig um den Ersatz für eine Verletzung des Vermögens handeln wird, die nach durchaus herrschender Lehre nicht unter diese Bestimmung fällt. Der kennende Verkäufer haftet aber aus § 823 Abs. II BGB.. Er begeht nämlich durch Verschweigen der ihm bekannten tatsächlichen Umstände, die das Zustandekommen eines gültigen Vertrages unbedingt vereiteln müssen, einen Betrug im Sinne des § 263 BGB. und verletzt somit ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz (§ 823 II BGB.).

Eine weitere Voraussetzung ist natürlich, daß der andere Vertragspartner auch wirklich in einen Irrtum versetzt wurde und in diesem Irrtum die schadenbringende Vermögensdisposition vorgenommen hat, also das Vorliegen des Kausalzusammenhangs.

Daneben wäre unter Umständen auch ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. gegeben.

Allerdings können wir nicht so ohne weiteres die Ansprüche aus unerlaubter Handlung neben dem vertragsähnlichen Anspruch aus § 307 BGB. als gegeben erachten. Vielmehr haben wir uns vorher noch mit der Lehre auseinanderzusetzen, die das gleichzeitige Bestehen von Deliktsansprüchen und vertragsähnlichen Ansprüchen ablehnt.

Es stehen sich hier die beiden Theorien der Anspruchs- und der Ge-

setzeskonkurrenz gegenüber, die erstere von Lent, die letztere von R. Schmidt vertreten.

Die Ansicht Schmidts und Lents unterscheiden sich bezüglich der Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen, die uns in diesem Zusammenhang allein interessiert, vor allem dadurch, daß Lent immer diejenige Gruppe für allein anwendbar hält, deren Merkmale bei Beurteilung des Anspruchs überwiegen, während Schmidt grundsätzlich beide Arten von Ansprüchen selbständig nebeneinander bestehen läßt. Ist also beispielsweise der Vertrag nur Mittel zur Begehung einer unerlaubten Handlung, so sollen nach Lent [54]), da der Vertrag und seine Verletzung nur zur Ausführung eines Deliktes diene, nur die Vorschriften über unerlaubte Handlungen, nicht aber Vertragsvorschriften zur Anwendung kommen.

Aus den Ausführungen Schmidts [55]) geht jedoch hervor, zu welch unerträglichen Ergebnissen man bei Befolgung der Lentschen Ansicht kommt. Am besten zeigt das ein von Schmidt gebildetes Beispiel: Der Verwahrer, der die ihm in Verwahrung gegebene Sache absichtlich zerstört, haftet nach Lent gemäß § 823, und zwar nur aus dieser Vorschrift dem Hinterleger nur drei Jahre lang auf Ersatz, während der Verwahrer, der die Sache nur leicht fahrlässig zerstört, gemäß § 195 BGB. dreißig Jahre lang hierfür einstehen soll, da im letzteren Falle nicht das deliktische Moment im Vordergrund stehe.

Mit Recht rügt Schmidt aber an der Lentschen Ansicht auch, daß der Schuldner auch bei vorsätzlicher und absichtlicher Zerstörung „in ganz unerhörter Weise gegen die Vertragstreue verstößt" [56]), indem er schon vor Abschluß des Vertrages die Absicht hatte, das ihm vom Vertragspartner entgegengebrachte Vertrauen auf das gröblichste zu mißbrauchen.

Die Ansicht Schmidts verdient auch deshalb vor der Lentschen Ansicht den Vorzug, weil die letztere dazu führt, daß der Vertragspartner, der vorsätzlich und absichtlich geschädigt worden ist, trotz Abschluß eines Vertrages auf die Schadensersatzklage aus unerlaubter Handlung verwiesen ist und infolge erschwerter Beweismöglichkeit noch schlechter gestellt ist.

Aus allen diesen Gründen ist es allein richtig, Vertrags- und Deliktsansprüche selbständig nebeneinander bestehen zu lassen. Dabei ist natürlich die Geltendmachung des einen oder anderen Anspruchs nur insoweit möglich, als nicht schon durch Geltendmachung einer der Ansprüche der Schaden gedeckt ist.

Dies alles gilt aber nur für die Konkurrenz von vertraglichen Ansprüchen, sodaß noch zu erörtern bleibt, ob das Vorbesprochene auch für die Konkurrenz von Deliktsansprüchen und den nur vertragsähnlichen Ansprüchen aus „culpa in contrahendo" gilt. Anlaß zu Zweifeln ist meines Erachtens hier gar nicht gegeben. Wir hatten doch oben bei der Behandlung der „Nichtigkeit" festgestellt, daß die Treupflicht der Parteien trotz der „Nichtigkeit" des Vertrages sonst ge-

---

[54]) A. a. O. siehe Bd. 1. S. 278 ff.
[55]) Schmidt, a. a. O. S. 170.
[56]) wörtliches Zitat Schmidts a. a. O. S. 179.

nau so als Vertragspflicht entstanden war, als wenn der ganze Vertrag nichtig gewesen wäre. Es sprechen also für den gleichzeitigen Bestand der vertragsähnlichen neben den deliktischen Ansprüchen dieselben Argumente wie die für die oben für die Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsansprüchen erörterten.

Indem wir uns für die Ansicht Schmidts entscheiden, werden aber gleichzeitig die Bedenken Oertmanns gegenstandslos, in § 307 BGB. werde der vorsätzlich Handelnde gegenüber dem nur fahrlässig Handelnden unberechtigterweise bevorzugt. Stehen sich nämlich bei einem nichtigen Vertrage „Kennen" und „Kennenmüssen" im Sinne des § 307 BGB. gegenüber, so kommt nunmehr, da ja auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegeben sind, die Bestimmung des § 254 BGB. zur Anwendung, der einen gerechten Ausgleich im Sinne der Oertmannschen Ansicht schafft.

Lebenslauf.

Ich wurde am 31. Januar 1909 als Sohn des Studienrats Dr. Heinrich Wilhelmi und seiner Ehefrau Auguste Wilhelmi, geb. Balzar in Zehlendorf geboren. Von Ostern 1915 bis Ostern 1918 besuchte ich die Vorschule in Schlachtensee, von wo aus ich auf das Reformrealgymnasium in Zehlendorf überging. Am 9. März 1927 legte ich dort mein Abiturientenexamen ab und besuchte anschließend die juristische Fakultät der Friedrich-Wilhelm-Universität in Berlin. Im Wintersemester des Jahres 1931 siedelte ich nach der damaligen Friedrichs-Universität, der heutigen Martin Luther-Universität in Halle an der Saale über. Am 21. November 1931 legte ich am Oberlandesgericht in Naumburg die erste juristische Prüfung ab. Seit diesem Zeitpunkt befinde ich mich im Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts Berlin.

Herrn Professor Dr. Gustav Boehmer danke ich besonders für seine wertvollen Anregungen zu der vorliegenden Arbeit.

Lothar Wilhelmi.